

University of Groningen

De zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden

Vonck, F.J.

Published in:
Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Vonck, F. J. (2007). De zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 6717, 598-603.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

(598) De zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden*

Mr. F.J. Vonck**

1. Inleiding

Bij het geven van inhoud aan een erfpachtverhouding mag men niet in strijd komen met het wezen van het erfpachtrecht.¹ Bedingen die wel met dat wezen in strijd zijn, kunnen niet als erfpachtvoorwaarde kwalificeren. In dit artikel onderzoek ik vanuit een enerzijds historische en een anderzijds rechtssystematische invalshoek hoe dit 'wezenscriterium' moet worden geïnterpreteerd. Eerst zal ik, aan de hand van de historische ontwikkeling van het erfpachtrecht, de aard van dat recht analyseren en bespreken welke ruimte die aard naar mijn opvatting biedt voor partijvrijheid. Vervolgens toets ik in hoeverre het geven van die ruimte binnen ons rechtssysteem aanvaardbaar is. Aan de hand van enkele concrete voorbeelden probeer ik tenslotte tot een zo duidelijk mogelijke afgrenzing van de partijvrijheid te komen. Ik beperk mij tot de goederenrechtelijke aspecten. De mogelijkheid van doorkruising van het publiekrecht (in geval van een overheid als erfverpachter) en de (bij bepaalde agrarische erfpachten bestaande²) mogelijkheid dat de grondkamer bepaalde verplichtingen van de erfpachter buitensporig acht, blijven dus onbesproken.

2. De geschiedenis van het erfpachtrecht

2.1. *Erfpacht onder het Romeinse recht*

Sinds het Romeinse Rijk is de maatschappelijke functie van erfpacht sterk veranderd. Waar erfpacht nu geldt als een verzakelijkte vorm van pacht of als een middel om het grondgebruik te reguleren, is het ontstaan als een middel om de ontginning van woeste gronden te bevorderen: grondeigenaren verschafte een langdurig gebruiksrecht op hun woeste gronden aan iemand die in staat was om die grond in cultuur te brengen.³ Het voordeel voor de eigenaar was dat hij zijn grond bij het einde van het contract ontgonnen terug kreeg en het voordeel voor de erfpachter was dat hij gedurende een lange periode gebruik kon maken van de grond waarvan hij de eigendom niet kon financieren. Het bedrag dat de erfpachter periodiek aan de eigenaar verschuldigd was, diende primair als een erkenning van zijn eigendom. De precieze aard van het erfpachtrecht stond lang ter discussie. Erfpacht vertoonde namelijk grote gelijkenis met zowel koop als huur.⁴ Enerzijds had de erfpachter immers een duurzaam genot en ruime bevoegdheden, maar anderzijds was hij periodiek een geldsom verschuldigd en ging de grond op een zeker moment toch weer terug naar de erfverpachter. Pas omstreeks het jaar 486 gaf keizer Zeno het erfpachtrecht een eigen regeling en stond vast dat erfpacht een eigen zelfstandige juridische status

* Met dank aan prof. mr. A.A. van Velten en prof. mr. L.C.A. Verstappen voor hun waardevolle commentaar.

** Promovendus aan de vakgroep Privaatrecht en Notarieel recht van de Rijksuniversiteit Groningen (f.j.vonck@rug.nl).

¹ Zie Hoge Raad 16 maart 1977, *NJ* 1977, 399, (WMK). Vgl. ook PG Boek 5, p. 297 (MvA II).

² Thans nog o.g.v. art. 59 jo. art. 5 lid 1 aanhef en sub b Pw en na invoering van titel 7.5 BW o.g.v. art. 7:403 jo. art. 7:319 lid 1 aanhef en sub b BW.

³ Zie nader o.a. A.A. Reepmaker, *Het recht van erfpacht* (diss. Leiden), Leiden 1931, p. 3 e.v. en (recenter) A.J.H. Pleysier, *Erfpacht en opstal*, Deventer 2002, p. 4 e.v.

⁴ Zie: J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen 2006, nr. G-66.

had.⁵ Nu het recht van erfpacht zich in de periode daarvoor reeds zelfstandig had ontwikkeld als een contractuele rechtsverhouding, is goed te begrijpen dat de overeenkomst tussen de erfpachter en de bloot eigenaar steeds de kern is blijven vormen van iedere individuele erfpachtverhouding.

2.2. Doorwerking van de Romeinsrechtelijke aard van erfpacht

Uit de ontwerpen voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van J.M. Kemper blijkt dat erfpacht aan het begin van de 19^e eeuw nog steeds als een primair contractuele verhouding werd beschouwd. Art. 1434 van zijn Ontwerp 1816 bepaalde:

“De bevoegdheid, of de verplichting van den erfpachter om deze of gene daad te verrigten of na te laten [...] kunnen al mede bij de uitgifte geregeld worden. [...] In al wat niet duidelijk geregeld is, zullen de bepalingen, bij dezen titel vastgesteld, gevolgd worden.”

In zijn Ontwerp 1820 bevatte art. 1306 een soortgelijke regeling:

“De bepalingen van deze afdeeling beletten echter de partijen niet, om, behoudens den aard van het contract of de openbare orde, de erfpacht naar hun goedvinden te regelen [...]. Alleen bij het zwijgen der overeenkomst, [...] wordt het daarvoor gehouden, als of de wederzijdsche regten [...] bij contract geregeld waren, zoodanig als de bepalingen dezer afdeeling medebrengen.”

(599) Het uitgangspunt van Kempers regelingen was daarmee dat de erfpachter en de bloot eigenaar hun verhouding zelf regelden en dat de wet primair aanvullend recht bevatte. Bij de parlementaire behandeling van Kempers voorstellen, werd diens erfpachtregeling nauwelijks bekritiseerd. Tegen de hierboven geciteerde bepalingen bestond zelfs in het geheel geen bezwaar.⁶ De steun voor Kempers regelingen in het algemeen was echter aanmerkelijk kleiner, zodat ze allebei – inclusief de erfpachtvoorstellen – nooit in werking getreden zijn. Na de inwerkingtreding van de eerste Nederlandse erfpachtwet in 1825,⁷ later vrijwel ongewijzigd overgenomen in het BW van 1838, werd de centrale rol van het contract bij erfpachtverhoudingen steeds gelezen in de regel van (uiteindelijk) art. 782 OBW.⁸ Nu die bepaling slechts spreekt van de mogelijkheid om af te wijken van de wettelijke regeling, lijkt ze – anders dan de bepalingen uit de Ontwerpen Kemper – geen grondslag te kunnen vormen voor aanvullingen daarop. Het is echter onwaarschijnlijk dat men een beperktere vrijheid heeft beoogd dan Kemper. Zijn voorstellen waren op dit punt immers niet bekritiseerd, en ook de totstandkoming van de wet van 1825 zelf doet vermoeden dat men weinig heeft willen afwijken van het ‘bekende’ (en dus het Romeinse) recht. De discussie die aan de ingevoerde regeling voorafging had zich namelijk voornamelijk toegespitst op de vraag óf er wel een wet over erfpacht zou moeten worden ingevoerd.⁹ Het voorgestelde artikel over de partijvrijheid is vervolgens geen voorwerp van discussie geweest.¹⁰ Verder was het in 1825, toen de gedachte van een gesloten systeem van

⁵ Codex IV.66.I.

⁶ Zie: M.J.E.G. van Gessel-de Roo, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798. Zakenrecht 1798-1820*, Zutphen 1991, p. 283-303, i.h.b. op p. 288-289.

⁷ Wet van 10 januari 1824, *Stb.* 1824, 14, ingevoerd bij wet van 25 december 1824, *Stb.* 1824, 78. Deze wet is in België nog steeds van kracht.

⁸ Zo ook door de Hoge Raad in zijn arrest van 16 maart 1977, *NJ* 1977, 399 (WMK). Art. 782 OBW luidde: “Al de bij dezen titel vastgestelde verordeningen zullen alleen plaats grijpen voor zoverre daarvan door de overeenkomsten der partijen niet is afgeweken”.

⁹ Zie J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen van Nederlandsche wetboeken* (deel III), Utrecht 1838, p. 513 e.v.

¹⁰ J.C. Voorduin, t.a.p., p. 530.

beperkte rechten nog niet tot bloei gekomen was,¹¹ veel vanzelfsprekender dan nu dat grote vrijheid bestond bij het geven van inhoud aan beperkte rechten. Dat een expliciete grondslag voor die partijvrijheid is weggefallen, moet waarschijnlijk slechts worden toegeschreven aan de wens om de omvang van de wettelijke regeling beperkt te houden: waar de erfpachttitel in Kempers ontwerpen uit respectievelijk 54 en 44 bepalingen bestond, waren in de wet van 1825 slechts 18 artikelen aan het onderwerp gewijd.

De bloei van de gedachte van een gesloten systeem van beperkte rechten, heeft het belang van de vraag naar de grenzen van de partijvrijheid doen toenemen, maar de aard van het erfpachtrecht op zichzelf niet veranderd. Uit de toelichting van het driemanschap op Boek 5 BW blijkt zelfs dat men de definitie van een recht voor alle zakelijke rechten centraal heeft willen stellen: “partijen [kunnen] binnen de grenzen van de wettelijke definitie in beginsel aan dat recht de inhoud geven die zij wensen”.¹² Later is bij de behandeling van het erfpachtrecht de vrees geuit dat de partijvrijheid kleiner zou worden als gevolg van het wegvallen van een bepaling als art. 782 OBW, terwijl “[h]et gesloten stelsel der zakelijke rechten [...] voldoende [was] verankerd, doordien definities [werden] opgenomen van erfpachtsrecht en opstalrecht” en “[men] binnen de grenzen van die definities [...] dan een grote mate van vrijheid [kon] laten”.¹³ Daarop legde de minister uit dat “[i]n wezen [...] geen wijziging gebracht [werd] in het thans bestaande recht” en deed hij het wegvallen van art. 782 OBW en het in plaats daarvan bij ieder artikel afzonderlijk aangeven wat de afwijkingmogelijkheden waren, af als “zuiver een kwestie van wetstechniek”.¹⁴ Een en ander laat zien dat aan de juridische aard van het erfpachtrecht weinig is veranderd.

Zoals ik al eerder aanstipte, is de maatschappelijke functie van erfpacht wel sterk veranderd. Die verandering lijkt ook de grenzen van het wezen van het erfpachtrecht te hebben gewijzigd. In dit verband noem ik de (thans zeer gebruikelijke) bedingen die de erfpachter bij het einde van de erfpacht recht geven op een vergoeding voor datgene wat hij heeft aangebracht. Zulke bedingen zouden bij een Romeinse erfpacht vermoedelijk wezensvreemd geweest zijn, omdat nu juist als het grote voordeel voor de erfverpachter werd beschouwd dat de grond bij het einde van het recht in cultuur gebracht was. Bij de huidige functies van erfpacht ligt een vergoedingsrecht veel meer voor de hand. Sinds de invoering van art. 5:99 BW is dat onder omstandigheden zelfs wettelijk verplicht.

2.3. Grenzen van de partijvrijheid in historisch perspectief

De historische ontwikkeling laat zien dat een ruime partijvrijheid tot het wezen van de erfpacht zelf moet worden gerekend: een stringente interpretatie van het wezenscriterium past daarom niet bij het recht van erfpacht. Nu het recht van erfpacht van oudsher primair het karakter heeft van een obligatoire verhouding waarbij de kwalificatie van de totale rechtsverhouding centraal staat, zou de vrijheid om erfpachtverhoudingen nader te regelen slechts moeten worden beperkt door de eis *dat* de opgenomen regeling de erfpachtverhouding nader regelt. Naar mijn mening voldoet ieder beding dat inhoudelijk ondergeschikt is aan een erfpachtvoorwaarde die recht- (600) streeks op grond van de wettekst mogelijk is, aan die eis.¹⁵ Ik doel daarmee ook op regelingen die ertoe

¹¹ Tot zijn arrest van 3 maart 1905, W 1905, 8191 (Blaauboer/Berlips) nam de Hoge Raad aan dat buitenwettelijke beperkte rechten ook konden bestaan. Vgl. o.a. Hoge Raad 28 januari 1841, W 1841, 157 (Leidse schouwburg).

¹² PG Boek 5, p. 3 (TM).

¹³ PG Boek 5, p. 294 (VV II).

¹⁴ PG Boek 5, p. 297 (MvA II).

¹⁵ Een concretere invulling van dit criterium komt hierna in paragraaf 4 aan de orde.

leiden dat een opgenomen erfpachtvoorwaarde beter tot haar recht komt. Om een voorbeeld te geven: nu op grond van de wettekst kan worden geregeld dat de erfverpachter recht heeft op afgescheiden vruchten, kan ook geregeld worden dat de erfpachter gehouden is om de op de erfpachtgrond gevallen appels op gezette tijden aan de grondeigenaar te doen toekomen. Dat deze benadering grote ruimte biedt om een eigen invulling te geven aan de erfpachtverhouding, vloeit met name voort uit de door art. 5:89 lid 1 BW geboden mogelijkheid om een bestemming, in de zin van een wijze van gebruik, te bepalen. De bestemming zelf kan immers vrij worden gekozen. Bestemmingsbepalingen zijn bovendien in de regel dermate abstract dat ook elementaire onderdelen van de individuele erfpachtverhouding – zoals bijvoorbeeld bouwplichten – vaak als een nadere regeling betreffende die bestemming zullen kunnen worden aangemerkt. Als echter de geldigheid van een beding af kan hangen van de specifieke bestemming, ontstaat de situatie dat identieke bedingen in sommige erfpachtverhoudingen wel en in andere niet zijn toegelaten. Stel bijvoorbeeld dat de erfpachter bij vestiging wordt verplicht om een drainagesysteem aan te leggen en in stand te houden. Een dergelijk beding zal bij een agrarische bestemming geldig zijn, maar bij een industriële bestemming vermoedelijk niet. Een dergelijk flexibele afgrenzing van de partijvrijheid is naar mijn mening, gezien de aard van de rechtsfiguur, toch gerechtvaardigd. Erfpacht heeft zich immers ontwikkeld als een recht waarvan het wezen afhankelijk van zijn maatschappelijke functie verschilde. Nu die functie niet slechts door de tijdgeest wordt beïnvloed, past het bij de aard van het erfpachtrecht om de grenzen van de mogelijkheid om aanvullende bedingen op te nemen, af te laten hangen van de concrete bestemming. In feite is deze benadering in het standaardarrest over dit onderwerp gehanteerd. De Hoge Raad baseerde de kwalificatie van de litigieuze verplichtingen als erfpachtvoorwaarde immers op de omstandigheid dat zij “met de geschiktheid van het terrein voor het gebruik, waarvoor het in erfpacht is uitgegeven, in rechtstreeks verband staan”.¹⁶ De regeling van art. 5:97 lid 1 BW laat zien dat ook de wetgever een rol ziet weggelegd voor de omstandigheden van het concrete geval: de mogelijkheid om erfpachtbedingen na verloop van tijd succesvol aan te vechten, hangt daar immers sterk van af. De eerder genoemde flexibele interpretatie van het wezenscriterium is zo bezien niet alleen historisch gegrond; ze past ook goed in de opzet van de wettelijke erfpachtregeling van nu.

3. Toets aan het gesloten systeem van beperkte rechten

3.1. Algemeen

Nadat de Hoge Raad in 1905 geoordeeld had dat slechts de in de wet genoemde beperkte rechten konden worden gevestigd, rees de vraag wat daarvan de consequenties waren voor de vrijheid om inhoud te geven aan die rechten. Suyling meende dat het gedaan was met die vrijheid: “de dwingende natuur van het zakenrecht” bood volgens hem geen ruimte voor afwijkingen op de wet met goederenrechtelijke werking.¹⁷ De opvatting van Treurniet, die de bereikbaarheid van de grenzen van de partijvrijheid gelijkstelde met de bereikbaarheid van de horizon, stond daar lijnrecht tegenover.¹⁸ Anderen meenden dat steeds vereist was dat aanvullende bedingen de erfpachter een bevoegdheid gaven die voorheen bij de eigenaar lag,¹⁹ of dat men slechts de

¹⁶ Hoge Raad 16 maart 1977, NJ 1977, 399 (WMK).

¹⁷ J.Ph. Suyling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. Zakenrecht*, Haarlem 1940, nr. 355.

¹⁸ W.C. Treurniet, *Erfpacht en erfpachtvoorwaarden* (Preadvies BCN 1957), p. 100.

¹⁹ S.N. van Opstall, ‘Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen’, *WPNR* 1966, p. 396-397.

machtsverhouding over de zaak mocht wijzigen.²⁰ Blijkens de eerder besproken parlementaire behandeling van het huidige recht, moet tegenwoordig worden uitgegaan van een systeem dat enerzijds gesloten is, maar waarin anderzijds vrijheid bestaat om inhoud te geven aan de bestaande rechten. De ruime partijvrijheid die bij het historische karakter van erfpacht past, kan derhalve alleen feitelijk worden verschaft wanneer dat ook in het licht van de ratio van het gesloten systeem aanvaardbaar is. Om die reden toets ik het in de vorige paragraaf geformuleerde criterium hierna aan die ratio.

3.2. Doorkruising van rechtspolitieke doelstellingen?

Het gesloten systeem van beperkte rechten speelt een belangrijke rol bij de verwezenlijking van ethische doelstellingen van de wetgever.²¹ Het stelt hem in staat om voor alle goederenrechtelijke verhoudingen een wenselijk regime te creëren en om ongewenste verhoudingen eenvoudig tegen te gaan. De ruimte bij het geven van invulling van beperkte rechten mag niet zo ver gaan dat de realisatie van dergelijke rechtspolitieke keuzes kan worden gefrustreerd. Een toets op dit punt is lastig, nu de wetgever ook voor het bestaan van partijvrijheid gekozen heeft en nu hij zijn rechtspolitieke keuzes niet altijd expliciet gemaakt heeft. Nu bij mijn benadering van de partijvrijheid de kern van de erfpachtverhouding steeds wordt bepaald door de wet zelf, en de aanvullende bedingen daaraan ondergeschikt zijn, acht ik het echter onwaarschijnlijk dat daarmee rechtspolitieke keuzes kunnen worden gefrustreerd. Een zeker gevaar lijkt echter te liggen in de ruime vrijheid om bestemmingen te formuleren. Die vrijheid laat namelijk de mogelijkheid om de (601) bestemming van de grond af te stemmen op de gewenste bedingen in plaats van andersom. Ongewenste gevolgen van zo'n handelwijze worden echter voorkomen doordat de bestemming een vorm van genot van de grond dient in te houden. Bedingen die dus de bestemming van de grond betreffen, raken per definitie de kern van de gehele erfpachtverhouding. Die constatering is ook van belang voor de ruimte die mijn benadering biedt voor verplichtingen tot een doen. Dat noem ik hier afzonderlijk, omdat de wetgever bij de totstandkoming van het BW nogal huiverig is gebleken voor het toelaten van dergelijke verplichtingen: uit angst voor nieuwe vormen van feodaliteit, heeft men alleen kwalitatieve verplichtingen tot een dulden of nalaten categorisch willen toelaten.²² Onderscheid tussen verplichtingen tot een doen en verplichtingen tot een dulden of nalaten, wordt bij mijn interpretatie van het wezenscriterium niet gemaakt. Naar mijn opvatting hoeft dat ook niet:²³ dat de wetgever kwalitatieve verplichtingen tot een doen niet categorisch heeft toegestaan, impliceert immers geen categorisch verbod. Verder wordt door het vereiste verband met de bestemming gewaarborgd dat bedingen de kern van de erfpachtverhouding zelf raken. Daardoor is het – los van de vraag of angst voor nieuwe vormen van horigheid niet in het algemeen overtrokken is²⁴ – onmogelijk om door middel van het nader regelen van de erfpachtverhouding een feodale verhouding te creëren.

3.3. Doorkruising van de standaardisatie?

Doordat ieder beperkt recht een wettelijke definitie en een wettelijk regime kent, worden de mogelijkheden in ons systeem enigszins gestandaardiseerd. Dat bevordert de kenbaarheid van

²⁰ W.B. Plantenga, *Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden* (Preadvies BCN 1957), p. 29.

²¹ Vgl. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer 2007, p. 301-304.

²² PG Boek 6, p. 936.

²³ Kennelijk anders: T.H.D. Struycken, t.a.p., p. 412-415.

²⁴ In die zin o.a. N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag 2006, die dan ook (p. 68-69) pleit voor een wettelijke regeling die kwalitatieve verplichtingen tot een doen mogelijk maakt.

beperkte rechten.²⁵ Doordat men voorafgaand aan de raadpleging in de openbare registers globaal kan inschatten wat de inhoud is van een bepaalde rechtsverhouding, wordt de kans verkleind dat men tegen zijn wil aan bepaalde verplichtingen gebonden wordt. Daarnaast wordt de ontwrichting van de publiciteitsfunctie van de registers tegengegaan: getracht wordt te voorkomen dat men bij raadpleging van de registers geconfronteerd wordt met onbekende rechten en dermate ingewikkelde verhoudingen dat men door de bomen het bos niet meer ziet.²⁶ Standaardisatie bevordert ook de verhandelbaarheid van beperkte rechten.

Wanneer ruimte wordt gegeven om de kern van individuele erfpachten bij de vestiging te regelen, vermindert dat de standaardisatie.²⁷ In de eerder geformuleerde interpretatie van het wezenscriterium, bestaat die ruimte voornamelijk bij het opnemen van bedingen die betrekking hebben op de bestemming. Op dat punt is die vrijheid naar mijn opvatting niet problematisch, omdat de bestemming veelal duidelijk uit de feitelijke omstandigheden blijkt. Grote partijvrijheid leidt hier dus niet tot een te gebrekkige standaardisatie of te weinig publiciteit. Dat neemt niet weg dat de wettelijke standaardisatie bij het recht van erfpacht zelf zeer beperkt is: ook wanneer partijen slechts gebruik zouden mogen maken van de mogelijkheden die de wet expliciet biedt, bestaat ruimte voor diverse varianten die volstrekt niet op elkaar lijken. Een recht van erfpacht kan bijvoorbeeld inhouden dat de erfpachter vijf jaar lang tegen een exorbitant hoge canon gedurende iedere augustusmaand de benedenverdieping van een pand mag bewonen, maar het kan evengoed inhouden dat de erfpachter zonder enige canonverplichting het eeuwigdurende recht heeft om het pand naar eigen goeddunken te gebruiken. De grote ruimte tussen beide varianten doet afbreuk aan de betekenis van het etiket 'erfpacht'. Daarom zou het goed zijn om eens te onderzoeken of de kern van individuele erfpachtverhoudingen beter kenbaar kan worden gemaakt, bijvoorbeeld door kernelementen als grondbestemming, duur van de erfpacht, hoogte van de canon en herzieningsdata van de canon, behalve in de openbare registers ook in de kadastrale registratie kenbaar te maken.

Niet alleen het enkele bestaan van publiciteit is van belang. Daarnaast is de vraag interessant of het bestaan van die publiciteit een voldoende voorwaarde kan zijn voor gebondenheid van rechtsopvolgers onder bijzondere titel.²⁸ Zijn bepaalde verplichtingen niet dermate belastend dat redelijkerwijs de eis moet worden gesteld dat iemand daaraan alleen kan worden gebonden door zijn instemming? Die vraag is met name van belang wanneer ruimte ontstaat voor verplichtingen tot een doen. Mijns inziens moeten voorwaarden niet te snel als te belastend worden gekwalificeerd. De situatie waarin wel sprake is van feitelijke instemming wordt immers sterk genaderd, doordat voorkomen wordt dat bedingen die volstrekt niet kunnen worden verwacht deel uitmaken van een bepaald recht en doordat daarnaast uit de openbare registers precies kan worden afgeleid aan welke verplichtingen men gebonden wordt. Wanneer iemand dan toch gebonden wordt aan verplichtingen die hij eigenlijk niet had gewild, komt dat voor zijn eigen risico.

²⁵ Vgl. o.a. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer 2006, p. 28 en T.H.D. Struycken, t.a.p., p. 290-292. De Zwitserse dissertatie van Foëx, waarnaar Struycken in dit verband verwijst, heb ik niet kunnen raadplegen.

²⁶ Vgl. J.M.M. Maeijer, *Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verplichtingen* (preadvies BCN 1966), p. 44.

²⁷ Vgl. T.H.D. Struycken, t.a.p., p. 296.

²⁸ Vgl. W.M. Kleijn, *Privaatrechtelijke rechtsvormen voor uitgifte en beheer van bouwgrond en gebouwen ten behoeve van overheid en particulieren*, Deventer 1979, p. 25.

(602) 3.4. *Te veel ruimte voor een subjectieve inslag?*

Het gesloten systeem stelt de wetgever in staat om te waken tegen het ontstaan van beperkte rechten die inhoudelijk te zeer zijn toegesneden op de persoon van de partijen die bij de vestiging betrokken zijn. Onder meer omdat dergelijke rechtsverhoudingen minder verhandelbaar zijn en omdat goederenrechtelijke rechten naar hun aard bedoeld zijn om ook derden te binden, zijn ze minder gewenst. Struycken waarschuwt dan ook voor een afgrenzing van de partijvrijheid die te veel ruimte laat voor een subjectieve inslag:

“De merite van het wezenscriterium is vooral dat het een objectievere dimensie geeft aan de afbakening van de inhoud van goederenrechtelijke rechten. Het voldoende verbandvereiste zou te zeer kunnen worden toegesneden op de functie of de gevolgen die een of ander goederenrechtelijk recht in een concreet geval heeft. Daarbij zouden ook de persoon van de betrokkenen een rol kunnen gaan spelen. Het voldoende verbandvereiste zou dientengevolge een meer subjectieve inslag gaan krijgen. Een dergelijke benadering past slecht in het goederenrecht.”²⁹

Mijn interpretatie van het wezenscriterium kenmerkt zich juist doordat de kwalificatie van een beding als erfpachtvoorwaarde af kan hangen van de functie van de erfpachtverhouding in een concreet geval. Betekent dit dat teveel de mogelijkheid ontstaat om de inhoud van de erfpachtverhouding af te stemmen op de persoon van de partijen die bij de vestiging betrokken zijn? Naar mijn smaak niet. Allereerst moet worden bedacht dat een subjectieve inslag niet alleen negatieve effecten heeft: er zal altijd een afweging moeten worden gemaakt tussen enerzijds de hiervoor besproken negatieve effecten en anderzijds de maatschappelijke behoefte aan op maat gemaakte goederenrechtelijke rechten die voor specifieke situaties wenselijk zijn.³⁰ Zoals onder meer blijkt uit het wegvallen van het nutsvereiste bij de erfdienstbaarheid, is dan ook niet beoogd om subjectieve elementen volledig uit het goederenrecht te bannen. Negatieve effecten kunnen bovendien worden ondervangen door wijzigingsmogelijkheden als – voor erfpacht – die van art. 5:97 BW. Ook voor het recht van erfpacht is, door partijen volledig vrij te laten de omvang van het genot van de zaak te bepalen, aanvaard dat de individuele bestemming een subjectieve glans geeft aan de erfpachtverhouding: men zal immers geneigd zijn de bestemming zoveel mogelijk op de individuele wensen af te stemmen. Een zekere subjectieve inslag is zo bezien niet alleen binnen het wettelijke systeem aanvaard, maar ook inherent aan de huidige erfpachtregeling. Mijn interpretatie van het wezenscriterium biedt slechts ruimte om de functie van de erfpacht in een concreet geval beter tot haar recht te laten komen. De mate waarin de persoon van de betrokkenen bij de vestiging daarbij invloed kan hebben op de inhoud van de rechtsverhouding, acht ik zeer acceptabel.

3.5. *Doorkruising van de organisatie van het vermogensrecht?*

In een open systeem van beperkte rechten zijn nadere criteria nodig om onderscheid te maken tussen zakelijke en persoonlijke rechten. Zo is in het Zuid-Afrikaanse recht alleen sprake van een zakelijk recht wanneer het de ‘subtraction from the dominium-test’ kan doorstaan.³¹ Daarmee wordt volgens Struycken bedoeld op het vereiste dat een verplichting ten laste van de eigendom

²⁹ T.H.D. Struycken, t.a.p., p. 394.

³⁰ Terecht geeft J. de Jong, *Erfpacht en opstal* (Mon. NBW-B28), Deventer 1995, nr. 13, aan dat de praktijk behoefte heeft aan een flexibel en kneedbaar genotsrecht naast de eigendom en dat ons gesloten systeem daarvoor nu juist het erfpachtrecht biedt.

³¹ Waarover uitgebreid: M.J. de Waal, ‘Identifying real rights in South African law: the ‘subtraction from the dominium’ test and its application, in: S. Bartels en M. Milo (red), *Contents of Real Rights*, Nijmegen 2004, p. 83-96.

zelf komt in plaats van ten laste van de persoon van de eigenaar.³² Zo wordt voorkomen dat beperkte rechten met een feodaal karakter ontstaan en dat rechtsverhoudingen die zich bijvoorbeeld niet lenen voor rechtsopvolging onder bijzondere titel, toch als een zakelijk recht worden gekwalificeerd. Het komt de helderheid van ons rechtssysteem ten goede dat dergelijk vage testen in ons systeem in beginsel niet nodig zijn. Wanneer echter ruimte wordt gegeven om een eigen invulling te geven aan de wettelijke beperkte rechten, is niet langer gegeven dat ieder beding zich altijd leent voor het hebben van zakelijke werking. Met name omdat de kwalificatie van een beding als onderdeel van een beperkt recht mede tot doel heeft om dat beding nu juist wel van een kwalitatief karakter te voorzien, moet mijns inziens gewaarborgd zijn dat iedere voorwaarde zich steeds voor zakelijke werking leent. Mijn interpretatie van het wezenscriterium biedt die waarborg niet. Illustratief is de casus van het hiervoor al vaker aangehaalde arrest.³³ In dat arrest gaat het kortweg om een beding waarbij de erfverpachter verplicht wordt om het water naast het in erfpacht uitgegeven haventerrein op diepte te houden en om de vergoeding die de erfpachter daarvoor verschuldigd wordt. Gezien de aan de erfpachtgrond gegeven bestemming, zou het beding bij mijn interpretatie van het wezenscriterium als erfpachtvoorwaarde moeten worden gekwalificeerd. Het beding leent zich echter niet per definitie voor het hebben van zakelijke werking, nu alleen erfverpachters die tot het water gerechtigd zijn aan de verplichting kunnen worden gehouden. De beslissing van de Hoge Raad, die het beding wel als erfpachtvoorwaarde kwalificeerde, acht ik dan ook onjuist.³⁴ Mijn eerder geformuleerde interpretatie van het wezenscriterium blijkt hier te ruim en moet worden aangevuld met de eis dat een beding de machtsverhouding betreft ten aanzien van de in (603) erfpacht uitgegeven grond. Het gaat mijns inziens te ver om, behoudens wettelijke uitzonderingen, de eis te stellen dat bedingen zijn af te leiden uit de eigendom van de erfpachtgrond. Die eis is beter in overeenstemming te brengen met art. 3:8 BW,³⁵ maar daar staat tegenover dat de wetgever heeft willen voorzien in ruimte om aanvullend op de wettelijke bepalingen nadere regelingen te treffen. De betekenis van die ruimte zou met een dergelijke eis worden geminimaliseerd, nu de wet in art. 5:89 lid 1 BW al bepaalt dat bij de vestiging kan worden geregeld in hoeverre het genot van de grond van de eigenaar overgaat op de erfpachter. Hiervoor werd al duidelijk dat een dergelijk strenge eis naar mijn mening ook overigens niet noodzakelijk is in ons rechtssysteem.

4. Bespreking van enkele bedingen

Voor de kwalificatie van een beding als erfpachtvoorwaarde is naar mijn mening dus vereist dat het beding inhoudelijk ondergeschikt is aan een erfpachtvoorwaarde die rechtstreeks op grond van de wettekst mogelijk is. Verder dient een beding de machtsverhouding te betreffen ten aanzien van de in erfpacht uitgegeven grond. Wat betekent dat precies? Aan de hand van enkele voorbeelden zal ik proberen deze criteria concreter in te vullen.

Gezien het bepaalde in art. 5:96 BW is het mijns inziens bijvoorbeeld mogelijk om specifieke onderhoudsverplichtingen te creëren, zoals bijvoorbeeld een verplichting voor de erfpachter om op de erfpachtgrond aanwezige ratten te verdelgen.³⁶ Verder kan de erfverpachter die invloed wil houden op de persoon van opvolgende erfpachters naast een beding in de zin van art. 5:91 lid 1

³² T.H.D. Struycken, t.a.p., p. 262.

³³ Hoge Raad 26 maart 1977, *NJ* 1977, 399 (WMK).

³⁴ In die zin W.M. Kleijn in zijn noot bij het arrest. Anders evenwel: J. de Jong, *Gemeentelijke gronduitgifte* (diss. Utrecht), Deventer 1984, p. 239.

³⁵ Vgl. W.G. Huijgen, *Erfpacht en publiekrecht* (Preadvies KNB 1995), p. 155.

³⁶ Anders: W.G. Huijgen, t.a.p., p. 157-158.

BW ook een regeling bedingen die aangeeft in welke gevallen al dan niet toestemming wordt verleend voor overdracht. Daarbij moet echter worden bedacht dat dergelijke regelingen op grond van de wettekst niet in de weg staan aan executie door schuldeisers en dat de kantonrechter afhankelijk van de omstandigheden van het geval vervangende toestemming kan verlenen. Ook is het mogelijk om regelingen te treffen die functioneel zijn in het licht van de opgenomen bestemming. Daarbij moet onder meer worden gedacht aan verplichtingen om de grond te bebouwen en (in geval van agrarische erfpacht) om een drainagesysteem aan te leggen. Naar mijn mening kan de erfverpachter in beginsel echter niet voorschrijven welke arbeidsvoorwaarden gelden voor degenen die in dienst van de erfpachter werkzaam zijn op erfpachtgrond met een industriële bestemming. Een dergelijk beding heeft immers geen enkele functie voor het industrieel gebruik als zodanig. Bestemmingen die wel ruimte laten voor dergelijke bedingen, lijken me niet goed denkbaar. Gezien de regeling van art. 5:89 lid 1 BW kan de bestemming naar mijn mening namelijk slechts de bezigheden en handelingen betreffen die op het perceel zijn toegelaten. Dat betekent dat ‘bewoning’, ‘industrie’ of zelfs ‘zuivelindustrie’ als bestemming kunnen kwalificeren, maar ‘sociale bewoning’ of ‘sociale industrie’ bijvoorbeeld niet. Het adjectief ziet dan immers niet op het gebruik zelf, maar op de persoon van de gebruikers van de erfpachtgrond. De erfverpachter die invloed wil uitoefenen op de persoon van opvolgende erfpachters dient mijns inziens het eerder besproken pad van art. 5:91 BW te bewandelen.

Een beding dat de erfverpachter bijvoorbeeld verplicht om het naast de erfpachtgrond gelegen perceel niet hoger dan 10 meter boven het maaiveld te bebouwen, teneinde te voorkomen dat het in erfpacht uitgegeven tulpenveld te weinig zonlicht krijgt, dient mijns inziens niet als onderdeel van de erfpacht te worden gekwalificeerd.³⁷ Dergelijke voorwaarden zijn gezien de bestemming van de erfpachtgrond ongetwijfeld functioneel, maar ze betreffen niet de machtsverhouding ten aanzien van die grond.³⁸ Dit vereiste staat bijvoorbeeld ook in de weg aan de kwalificatie als erfpachtvoorwaarde van een beding dat de erfpachter van een woonhuis verplicht om ook de ratten op het naastgelegen perceel te verdelgen.

5. Conclusie

De historische ontwikkeling laat zien dat het erfpachtrecht primair de aard heeft van een contractuele rechtsverhouding. De ruimte die deze aard biedt om individuele erfpachten nader vorm te geven is bijzonder groot: eigenlijk zou die vrijheid slechts moeten worden beperkt door de eis *dat* individuele bedingen de erfpachtverhouding nader regelen. Dat betekent dat ieder beding dat inhoudelijk ondergeschikt is aan een erfpachtvoorwaarde die rechtstreeks op grond van de wettekst mogelijk is, dient te worden beschouwd als onderdeel van de erfpachtverhouding. Daarbij dient geen categorisch onderscheid te worden gemaakt tussen aanvullende verplichtingen tot een dulden of nalaten en aanvullende verplichtingen tot een doen. Een dergelijke afgrenzing van de partijvrijheid biedt veel ruimte, met name omdat bedingen mogelijk zijn die betrekking hebben op de individuele bestemming. Gebleken is echter dat een dergelijk grote ruimte aanvaardbaar is binnen ons rechtssysteem en het daarin bestaande gesloten stelsel van beperkte rechten, zij het dat – in afwijking op de jurisprudentie van de Hoge Raad – de aanvullende eis gesteld moet worden dat aanvullende bedingen de machtsverhouding betreffen ten aanzien van de in erfpacht uitgegeven zaak.

³⁷ De vestiging van een erfdienstbaarheid is hier wel mogelijk.

³⁸ Ik merk nogmaals op dat de Hoge Raad een dergelijk criterium in het besproken arrest niet heeft gehanteerd.